Dissertatio Juridica

De

FIDEJUSSORIBUS,

Quam

FAVENTE NUMINE

& permissu

Magnifici JCtorum Ordinis

In

Celeberrimâ ad Albim Academiâ

PRÆSIDE

Dn. CASPARO ZIEGLERO.

Philosoph. & J.U.D. P.P. Facultatis juridicæ & Scabinatus Assessore ac p. t. Decano, Præceptore atq; Promotore suo nunqvam non venerando.

Placidæ ventilationi submittit.

FRANCISCUS HERMANNI Stralsunda Pomer.

Die Maij horis antemerid.

WITTEBERGÆ

Typis Johannis Röhneri Academiæ Typographi.

Anno 1657.



VIRIS

Magnificis, Amplissimis, Consultissimis & Spectatissimis,

D.D.D. CONSULIBUS,
D.D. SYNDICIS,
D.D.D. SENATORIBUS,
D. PROTONOTARIO &
D. SECRETARIO.

Civitatis Anseaticæ Stralsundensis
Dominis suis & Patronis
ætatem colendis

Dissertationem hanc juridicam in debitæ observantiæ signum, nec non sui suorumq; commendationem Offert, Consecrat

N. N. N. & A. A. A. V. V. V. devotissimus & humillimus Cliens.

FRANCISCUS HERMANNI
A & R.

CUm etiam in illis qvæ ad vitæ adminiculum & necessitates sublevandas spectent, opus habeamus aliorum communicationibus, fit sæpius, ut iis, qvibus domi res augustissima, & magna opum vis affulget, vel aliàs magnæ autoritatis sunt, supplicandum sit, vel ut angustiis nostris occurrant suâ abundantiâ, vel ut id officii ab aliis præstetur fide & interventione suâ id procurare satagant. qvos qvidem ex mutuo Creditores, hos Fidejussores appellare amamus; hic de fidejussoribus titulus cum nullâ egeat commendatione, sed se ipsum propter frequentiam, utilitatem & necessitatem suam ostendat, hinc missâ circuitione rem hanc aggrediar, qvam ut felicitet ex alto Numen, id rite invoco. Sit ergo.

§. 1. Fidejussoris nomen aliqvando latius patet, sumīturq; tùm pro omni, qvi alienam subit obligationem; qvâ ratione Mandatum, Constitutum, Ex promissionem & Pignus comprehendit *l.53.ff.de Contrah.emp.* Propriè denotat eum, qvi pro debitore Principali per stipulationem suo nomine se obligat citra novationem. *Cujac.in parat.de fidej.* Dicitur alias Appromissor *l.64. §.4.solut.Matr.* sic dictus qvod idem cum reo principali promittat. *l.5.§.2.ff.de V.O.l.43.de solut.* & passim Sponsor. *Senec.lib.3.de Benef.15. arg.N.4.in rubric.*

§. 2. Definitur qvod sit persona, qvæ obligationem alterius per stipulationem in suam fidem majoris securitatis ergo in subsidium recipit. & Fidejussio est contractus verbalis alienæ obligationi in majorem securitatem accedens. *l.1.ff.qui satis*

 dare

dare cogunt. l. 1. §. 8. ff. de O. & A. l. 5. §. 2. ff. de V. O. §. ult. J. de Replicat.

§. 3. Differt verò fidejussor ab Expromissore, hic enim idem cum alio non promittit, nec obligationi alienæ accedit, sed alienam obligationem per novationem in se suscipit, liberato reo, aut eo homine non obligato, cum tamen obligari deberet *l. 37. in fin. de oper. libert. l. 104. ff. de V. obl. l. 53. ff. de contr. ab. empt.* Sic etiam differt à Mandatore, fidejussio enim stipulatione, mandatum verò solo consensu contrahitur *l. 1. ff. mandat.* deinde ratione constitutionis differitas est Mandator obligationem semper præcedit *l. 12. §. 14. ff. Mandat.* Fidejussor vero & præcedit & sequitur *l. 6. §. 2. ff. h. t.* deniq; mandati actio est bonæ fidei. *§. 28. J. de act.* fidejussionis autem stricti juris *Rittersh. ad §. 28. J. de Act.* In effectu tamen inter hosce nihil interest, uterq; enim obligatur, accedit qvod inter Fidejussorem ac eum pro qvo qvis fidejussit nascatur actio mandati. *idem ad Novell. part. 3. C. 2. n. 11.* Differt à Constitutæ pecuniæ reo, qvippe qvi se debitam pecuniam soluturum nudo pacto constituit *§. 9. Inst. de Act.* & constitutum hoc verbis qvibuslibet peragitur & etiam inter absentes consistit. d. §. 9. *l. 1. 4. §. ult. ff. de const. pecun.*

§. 4. Operæ autem pretium me facturum arbitror si præmittam fidejussionem nec Divino nec Gentium jure esse prohibitam. Jure Divino ea probatur *Ecclesiast. XXIX. 19. Philem. v. 18, 19.* Gentium verò qvod commercia & contractus, qvi per id introducti, promoveat fidejussio potissimum *arg. l. 24. §. 1. ff. de minorib. add. l. 5. ff. de J. & jure.* Qvod vero Pellicanus, aliiq; textibus è jure Divino petitis hoc fidejubendi officium improbare velint sapientumq; Gentilium in fidejussores censuram urgeant, id futilitatem s. temeritatem saltem spondendi arguit, & proximum esse fidejubenti periculum ostendit, minimè vero usum rei rectum dissvadet.

§. 5. Causa efficiens sive subjectum fidejussionis est maximè voluntas fidejubentis; Hinc fidejussor nemo constitui potest, qui in illud vinculum non spontè consenserit *arg. l. 1. §. 2. ff. de pact. l. 14. §. 6. ff. quod met. caus.* Consensus autem hic reqvi-

reqviritur expressus per interrogationem & congruam responsionem elicitus, & ad omnem contractum verbalem necessarius. Nuda vero aut jactabunda commendatio non inducit fidejussionem nec per se est mandatum *l.12.§.12.ff.mandat.Treutl.Vol.2. Disp.28 b.4.l. A.* neq; qvi consilium dedit tenetur *l.47.de R.J.* *Nullus ex consilio de R. Jur. in 6to.l.37.ff.de dolo mal.* secus si fuerit fraudulentum.

§ 6. Jura cum vigilantibus non dormienti subveniant, *l.24.ff.quæ in fraud. Cred.* Creditoris erit cavere ne in fidejussorem minus idoneum consentiat, semel enim approbatus rejici nequit, *l.3.in fin.ff.h.t.* & præsumitur Creditor scivisse fidejussoris qvalitatem cum eum acciperet, proinde si non inqvisiverit optimo jure somnolentiæ suæ feret pœnam, non minus ac is qvi ab initio vitiosas ædes conduxit. *Hering. in tract. de fidejus.C.8.n.47. & in l.3. § 3 ff. ut inpossess. legator.*dicitur, si semel fuerit satisdatum, quæsitum est, an etiam rursus cavendum sit si forte egenos fidejussores dicatur esse datos, & magis est ut caveri non debeat.

§. 7. Inidoneus autem Fidejussor tàm ex difficultate conveniendi, qvàm ex re & opibus æstimatur. *l. 2. in princ. ff. qui satisd.cogunt.* ut ille qvi privilegio fori est tutus *l.7.ff.eod.* & aliam justam habet exceptionem *l.66.ff.de R.J.* Hinc si debitor Creditori suo Nobiles potentes qui arces inexpugnabiles inhabitant *l.3.ff.ad L. jul. Majest.* pro fidejussoribus dare velit, hoc sane casu non solum Creditoris conditio durissima redditur, verùm illi ipsi pro idoneis fidejussoribus non reputantur *Hering.C.8.n.130.* Olim arbiter ad probandum dabatur Schnobel. Disputat. *ff.23.θ.4.* à cujus sententiâ tamen si iniqva esset, appellare licebat *l.9.10.ff.qui satisd. cog.* solebant etiam debitores cavere, se idoneos daturos fidejussores, qvi, si verbis fidem non fecerant, actione de dolo tenebantur *l.43.§.3.ff.de furt.* Hodie dijudicatio illa ab ipso judice expeditur. *d. Aut. C.8.n.4. & 36.*

§. 8. Fortuna autem cum adeò sit fallax ut nunqvam in eodem gradu subsistat, qvod & testatur *Senec.l.1.Epist.Ep.8.* in fine. *Non est tuum fortuna qvod fecit tuum;* evenit ut

fidejussor ab initio qvidem satis idoneus & locuples, medio tempore rem familiarem inopinato fortunæ impetu amittat, hoc casu, causâ cognitâ Creditori ex integro erit satisdandum, *l.4.ff. ut in poss.leget.l.10.§.1.in fine.ff.qui satisd.cog.* non enim sufficit satisdari, si cautum non perseveret *l.20.§.14.ff.de oper.nov. nunc.l.1.§.7 ff.quod leg.*

§. 9. Cœterum rectè fidejubent qvibus jus est stipulandi *Treutl.vol.2.Disp.28.th.2.* sive sint Patres familias sive filiif. *l.10.§.1.ff.h.t.l.8.C.h.t.l.3.§.9.ff.de pecul.§.6.J. de inutil. stipul.* Verùm cum fidejussionis contractus non consensum tantùm exigat contrahentium, sed tacitum etiam ferat damnum, in hoc, qvod fidejussor si Principalis non sit solvendo, teneatur. *§.ult.J. de Repl. in fine l.1.§.8.ff.de O. & A.* non immeritò quidam ab hoc contractu arcentur. Arcentur autem præcipuè Infantes. *§.10.J.de inutil.stipul.l.1.ff.de V.O.* cum nec scire neq; decernere talium ætas possit *l.9.ff.de acquir.hered.* Imò qvod videt ignoret, *l.1.§.impuberes, C.de fals. monet.* Furiosi *§.8.J.de inut.stipul.l.1.§.12.ff.de O. & A.* cum nullum negotium gerere possint. *l.70.§.4.ff.h.t.l.22.ff.§.7.solut.Matrim.*& fictè sint pro mortuis *l.24.§.1.ff.rem ratam hab.*Intelliguntur autem tales quí continuâ mentis alienatione omni intellectu carent *l.13.ff.de off.præs.* nam si dilucida intervalla habuerint, qvicqvid medio tempore (qvo furor intermissus) contraxerint, ratum erit *d.l.12 l.2.C.de contrah.empt.*

§.10. Furiosis non ineptè comparantur ebrii. *C.5.dist.35. can.sanè,15.q.1.* & ex Ludovico Viv.*Hering.c.7.n.174.* refert. plus esse mentis in fele aut cane qvam in ebriis. exindè allegantes ebrietatem & debito modo probantes, se initi contractus tempore penitus ebrios fuisse, non tenentur, *idem ex Baldo c.7. n.28.* Vino v. discusso si sententiam suam ratificent, contractus erit validus; cum ratihabitio retrotrahatur, & mandato comparetur. *l.12.§.ult.l.49.§.ratam.l.71.§.2.ff.de solut.* Annumerantur his & prodigi, qvi cum neq; finem neq; modum expensarum habent, & bona sua dilapidando & dissipando profundunt, *Ulpianus.l.1.ff.de curat.furios.* promittendo non obligantur.*l.6.ff.de V.obl.l.40.de R.J.*

§.11. Sic

§. 11. Sic etiam pro fidejussoribus adhiberi non possunt Pupillus & Minor. Pupillus enim infans neq; stipulari neq; promittere potest ne quidem Tutore auctore. *l. 70. in f. ff. de V. Obl.* §. *9. Inst. de Inut. stip. l. 1.* §. *2. circa fin. ff. de Administ. Tutor. Rittersh. ad* §. *mutum. J. de mutil stip. Ludwel.* §. *9. J. eod. p.* Cum verò infantiam egressus est idem de jure stricto dicendum, qvia ipse qvid agat non intelligit; Propter benigniorem tamen interpretationem stipulari & sibi acqvirere potest. *d. §. 9 l. 6. ff. rem pupill salv. fore.* Pubertati proximus omne negotium recte gerit, sed ita, ut alios quidem sibi obligare etiam sine Tutoris auctoritate possit, ipse vero alijs obligari nō possit nisi Tutore auctore *l. 1. C. de inutilibus stip.* De minore est *l. 3. C. de restit. in integr.* hic enim absq; consensu curatoris non obligatur, si verò in rem suam fidejubeat, vel pro parente carceribus inclusio, his casibus eundem restitutionis auxilio non juvari rectè tradunt D D. *Treutl. vol. 2. Disp. 28. §. 2. l. A.*

§. 12. Mulieres cum naturali qvodam vitio imprudentiores sint viris, earumq; contra propria commoda laboret consilium *l. 4. C. in fine de spons.* propter S. C. Vellejani beneficium pro iis introductum fidejubere ferè neqveunt, *princ. ff. ad S. C. Vel ei.* Sed cum juri pro se introducto qvilibet possit renunciare *l. 51. C. de Episcop. & Cler. l. 29. C. de pactis* Mulier si de jure suo specialiter informata & certiorata sit, huicq; renuncians fidejusserit, ipso jure tenetur. *l. ult.* §. *4. ad S. C. Velej l. 21. C. h. t.* non attento an in judicio vel extra judicium renunciatio facta sit: potius enim pertinaciæ suæ pœnam luat qvæ de jure edocta suo, privilegio competenti renunciat. *Ungep. Exerc. Jusp. 15. c. 8. in Ajo.* Porro etiam absq; renunciatione mulier tenetur si decipiendi animo intercesserit *l. 30. ff. d. t. l. 18. C. eod.* jura enim deceptis, non decipientibus opitulantur. *l. 2. §. 3. ff. eod.* tum etiam regula Vellejana, fallit in muliere qvæ pro intercessione pecuniam accepit, illa enim omni modo tenetur *l. 23.* §. *1. C. eod.*

§. 13. Obligatio cum in personam servi non cadat *l. 32. l. 107. ff. de Reg. J.* fidejussionis contractui servus accedere non poterit, interim tamen si qvid solutum sit peculiotenus tantum valet *l. 19. ff. de fidej* modo ex causâ peculiari fidejusserit, alias nec

de pe-

de peculio qvidem tenebitur dominus *l.3.§.5.& 6. de pecul. d.l.19. de fidej.* cum servus conditionem Domini deteriorem facere neqveat *l. 133. de R. J.* Neq; Miles idoneus censetur; is enim cum propriæ munijs insudare militiæ debeat *l. 15. C. de Re militari libr. 12.* & forensibus obstrictus negotijs à studio militiæ avocetur, in privatas civium utilitates & negocia subtrahendus non est, *N. l.16. in princ.* restringitur tamen, nisi qvis fidejusserit anteqvam militiæ adscriptus sit, hic enim fidejussione non solvitur *arg. l.4. §. 8. ff. de Re milit.* Armato ob similitudinem togatus comparatur miles Clericus. Hic enim cum divino ministerio consecratus sit, ab externarum rerum molestiis & occupationibus liber esse debet, & proinde nec ipse fidejubere promiscuè potest *c.4. X. h. t. c. tequidem. 11. q. 1.* adeò, ut si quis Judex Clericum fidejussorem approbaverit, pœnam incurrat. *N. 123. C. 6. in fine.*

§. 14. Mutus verò & surdus non ex defectu Voluntatis aut lege prohibente, sed ob ipsam contractus naturam fidejubere neqveunt, sicut enim iste verbis stipulanti respondere neqvit, ita hic verba interrogantis non exaudit §. 7. *Inst. de in ut: stiput.* qvorum utrumq; in stipulatione reqviri juris est apertissimi *l.1. ff. d. V. Obl. l.1. § finat. d. ob & A.* Hodie tamen dum stipulationum jura à foro propemodum recesserunt Mutum & Surdum scriptura obligari probabiliter dici potest. *Hering. C. 7. n. 150.* Excell. *D. Suevus Velit. Justinian. 12. θ 9. I.C.* cum & mutus testis testimonium suum in scriptis complecti possit. de Muto consentit *Treutler. d. Disp. θ 2. l. A.* sed cur idem judicium de surdo non sit ferendum videre non licet, cum tamen in hisce terminis pares sint, nec probabilis ulla possit constitui differentia. *Hering tr. suo alleg. loco.* Coecus cum interroganti possit respondere fidejussoriæ obligationi recte accedit *idem d. l.*

§. 15. Objectum fidejussionis seu materia circa quam est omnis generis obligatio sive Naturalis sive Civilis *l.16. §.3. h. t. §.1. Jb. t.* sive ex Contractu ea sit, sive ex Delicto *l.8. § 5. l.56. §. ult. l.70. §. ult. h. t.* sive Principalis, sive Accessoria *l.8. § ult. h. t.* (ita tamen ut tum accessoria respectu fidejussoris supervenientis habeat rationem principalis. *l.27. infr. h. t.*) Sive pura sit sive sub condi-

tione

tione vel in diem *§. 5. J. h. t. l. 70. in princ. ff. h. t.* sive præsens sive futura *§. 3. J. h. t.* In merè naturali obligatione verò fidejussor, cum effectu obligatus nō est, qvalis est illa, cum qvis ad *ἀντίδωρα* tenetur, & promissio pudori alicujus relinqvitur *l. 25. §. 11. ff. de hered. petit*, neq; in illâ qvæ à JCtis reprobatur, *per l. 41. ff. de cond. indeb.* sed necesse est ut naturalis obligatio talis sit, ut jus Civile ei effectus tribuat, ita ut qvod solutum sit retineri possit. *l. 6. ff. h. t.* Pro civili tantum obligato intercedens fidejussor tenetur qvidem, exceptione tamen principali suo competente, recte se tuetur. *l. 7. ff. de Except.*

§. 16. Exinde igitur fidejussorem pro conservanda dote à Marito ultro datum obligari putamus *arg. l. 8. §. 6. ff. de Fidei.* cum & pignus hoc nomine ab eo dari, possit *l. 7. §. 9. ff. de donat. inter. V. & ux.* pignorum autem & fidejussorum idem sit finis *princ. Inst. h. t.* quanquam, ut detur, ab initio cogi nequeat *l. 1. C. ne fidej. dotium dentur.* Si enim Credendam mulier se ipsam suamq; dotem Marito existimavit, qvare fidejussor vel alius intercessor exigitur, ut causa perfidiæ in eorum connubio generetur. *l. 2. C. eod.*

§. 17. Etiam in delictis fidejussionem locum habere diximus, *§. 15.* Distingvimus tamen: aut enim reo ratione delicti commissi infligenda est pœna pecuniaria, & tunc fidejussor pro eo intercedere potest, ita ut etiam ad istam pœnam obligetur, *l. 56. §. final. ff. h. t. l. 1. ff. de custod. & exhib. reor.* aut reo infligenda est pœna corporis, & ita fidejussor ad eam nullo modo neq; expressè neq; tacitè sese potest adstringere. *l. 22. C. de pœnis* cum nemo membrorum suorum Dominus sit *l. 1. ff. ad L. Aqviliam.* Sed si agatur de judicio sistendo, omninò tùm intervenire potest fidejussor, qvi si caveat, reus interim à carceris molestiâ liberabitur, qvod ipsum tamen & num promiscuè talis admittendus sit, arbitrio judicis relinqvitur, *l. 1. & 3. ff. de cust. reor.* Qvod si fidejussoris dolo evaserit reus, extra ordinem potest puniri. *l. 4. ff. d. t. Bacchov. in Wes. ff. h. t. n. 15.*

§. 18. Obligatio pro principali ad carceres cum excedat potestatem subditorum, ideò à fidejussore inutilis erit, cum sit executionis species in damnatum & contumacem, fidejussor autem nihil deliquerit. consentaneum ergò erit peccata suos te-

nere auctores *l.22. C. de pœnis* & non ab executione sed ab ordinarijs remedijs procedendum.

§. 19. Forma consistit in intercessione, nulla enim est fidejussio si non adsit obligatio principalis, & hâc sublatâ, tollitur etiam illa, *l. 43. ff. de solut.* Ut verò intercessio ista legitime existat, necesse est fiat primo per stipulationem, est enim hæc de essentia fidejussionis. *l.5. §.3. ff. de V. Obl. l.12. C. h. t.* qvæ etiam qvavis adhibitâ linguâ contracta dicitur *§. 7. J. h. t. l. 1. §. 6. d. V. Obl.* ita tamen ut uterq; alterius lingvam intelligat, sive per se sive per interpretem *l.1. §.6. in fine. d. t.*

§. 20. Hâc re cognitâ non inutiliter quæritur An inter absentes vel per epistolam stipulatio contrahi possit? de Jure Romano verum est stipulationem nō nisi inter præsentes posse contrahi *l.1. in pr. ff. d. V. O. §. 5. J. de in ut. stipul.* adeò, ut, si contracturi non sint cominus constituti alter tamen alterum exaudiat, & intelligat, pro absentibus omnino habeantur, & stipulatio inter hos contracta sit nulla. Heringius ex Bartolo. *C.11. n.8. & n. 76.* Æqvitate tamen & commerciorum ac communis utilitatis causa inspectâ, hodiernis præsertim temporibus, merito diversum statuitur, & hoc jure in foro nunc utimur, ut per literas fidejussionem contrahamus, stipulationis solemnibus usu qvasi desvetis. *Treutler. vol.2. Disp. 28. th. 4 l. A. Gotofr. in l. 22. l. m. C. de fidei.*

§. 21. Secundo necesse est ut sit proportionata & conformis Obligationi principali, sc. fidejussores ita obligari neqveunt, ut plus debeant qvam debet is pro qvo obligantur: Cum enim omne accessorium naturam principalis sequi necesse habeat, *l.178. ff. de R. J. Reg. 42. eod. in 6to.* consequens erit in accessione plus esse non posse qvam in re principali *§.5. J. h. t.* Si verò majorem summam fidejussor qvam reus principalis promiserit, puta si cum 20. essent in obligatione principali, ipse verò 30. promiserit, totane fidejussio erit inutilis, an ad concurrentem summam valebit? Sed cum duo dantur casus, Aut enim stipulatio facta est de majori summâ, qvam à reo debetur, & fidejussor qvoq; talem promisit, aut stipulatio facta est de eâdem qvantitate, sed majorem promisit fidejussor. Illic tota obligatio inutilis est, si quidem natura accessionis conspicitur in

adæqva-

adæquata proportione, & dependentia ab obligatione principalii Et igitur si latius hac pateat, hujus conplexu contineri neqvit. Hic veró ea subsistit; cum diversitas in qvantitate in qva est concursus, nullam pariat qvoad effectum obligandi diversitatem, cum eadem obligatio sit, & eodem modo & ad idem licet sit minus, majoriq; summæ in est minor *l. 83. §. 3. ff. d. V. Obl.* & idem in constituto est proditum *l. 11. §. 1. ff. const. pecun. Frantzk. Exercit. 10. q. 7. n. 8. Bronchorst. C. 4. assert. 53. Bacchov. ad §. 5. Inst. h. t.*

§. 22. Efficacius tamen Fidejussor potest obligari fortioriq; vinculo ad eandem causam adstringi qvam reus principalis *e. g.* si accedat obligationi naturali per se aliàs invalidæ *l. 16. §. 3. l. 25. ff. h. t.* vel juramento se adstrinxerit *Exc. D. Suev. Velit. Just. 12. §. 10.* vel Instrumento Gvarentigiato (quod paratam habet executionem) obligationem suam confirmarit *Schnobell. Disput. ff. 22. §. 9.* aut adjectione pœnæ promiserit *Wesenb. in pr. h. t. n. 5. Treutl. all. l. l. F.*

§. 23. Sub pacto obstagij se obligantes an teneantur disqviritur? Obstagium vero est conventio jurata, aut aliter data fide confirmata, qva qvis juxta obligationis formulam in loco convento se sistere debet non recessurus donec promissa ad impleverit. Jam ad rem. *Heringius C. 17. n. 66.* ex Sailero ostendit, promissionem hanc inter Germanos præsertim Nobiles fuisse usitatissimam imò ex Imperij constitutionibus non nisi in Imperio licitam, & perconseqvens approbatam, nec hic destituimur pro hoc rationibus, cum pacta servanda, *l. 1. ff. de pact.* obstagij finis bonus, scilicet ut Creditori satis fiat, valetq; in stipulatione *§. 20. J. de inut. stipul. Gail. l. 2. obs. 45.* Sed cum tale pactum Reipublicæ ob intolerabilem abusum destructionem minaretur, salubrrima constitutione penitus est abolitum *Ord. polit. de Anno 1577. titul. 17.* wie wol auch *Gail. l. 2. obs. de pac. publ. obs. 2. n 6.* In Holsatia tamen ut & alibi ad huc illud observari testantur consvetudines istarum terrarum.

§. 24. Finis fidejussionis est ut hâc ratione cautum sit Creditori *pr. J. h. t.* non igitur liberetur oblatione pignoris qvi fidejussorem dare obligatur *l. 21. §. ult. ff. de pecun. const.* Qvamvis enim & fidejussionis & pignoris unus idemq; finis reperiatur, tamen qvia inter contrahentes ita conventum est pacta vero

 dant

dant legem contractui *l.7.§.5.ff.de pactis.l.1.§.6.ff.depos.* nec aliud pro alio invito Creditori præstari potest *l.2. §.1. in fine ff.de reb. Cred.l.16.C.de solut.* datio pignoris satisdationem promissam supplere nequit.

§ 25. Effectus fidejussionis est ipsa obligatio qva tenetur fidejussor æq; ac principalis debitor, ac proinde ipsius qvoq; heredes *l.24.l.49.h.t.§.2.J.h.t.* in contractibus enim ex pacto defuncti heredes tenentur *l.49.ff.de O & A.l.9.ff.de probat. l.152.§.ult.de R.J l.13.C.de contrah.stipulat.* Si unus fuerit in solidum convenitur, plures vero pro partibus hereditarijs *l.24.l.49.ff.h.t.* qvod tamen in delictis observare velle non erit rationis *l.1.ff.de privat del.* qvia per mortem delictum & pœna extingvuntur *l.6.ff.de publ.judic.* nisi fortè ante rei mortem lis contestata fuerit. *§.1.J.de perpet.& temp.act.l.26.l.58.de O.& A.* Moram autem debitoris Principalis fidejussori qvoad augendam obligationem nocere non dixerim *l.68.ff.h.t.* nisi se in stricti juris judiciis in usuras aut in omnem causam obligaverit *l.54.ff. locat.l.5.C.de pactis inter empt.& vend.* aut in bonæ fidei contractibus simpliciter nullâ expressâ qvantitate fidejusserit. sufficit qvod illa rei mora tantum incommodi afferat fidejussori qvod diutius teneatur *l.88 ff.de Verb.Obl.l.24.§.2.ff.de usur.* ipsius fidejussoris moram qvod attinet, dubium non est, qvin ipsi merito noceat. *l.127.ff.de V.Obl.*

§. 26. Sed utut eandem accessorius hic debitor cum principali susceperit obligationem; humanitatis tamen causa ipsi â Justiniano Beneficium Ordinis/ s. Excussionis concessum est per *Novell. 4. C.1.* ut jam non sit in arbitrio Creditoris, velit ne prius convenire reum principalem, an fidejussores & ceteros, sed cogatur priùs convenire principalem, dummodo solvendo & præsens sit *d. Novell.* Hoc igitur beneficium cum primas ducat, etiam primo explicandum erit.

§. 27. Excutere autem cum nihil aliud sit, qvam facultates alicujus discutere, & inquirere ut sciatur an sit solvendo nec ne *l.1.§.9.ff. de Magistr.conven.l.2.ff.si quis omiss. caus. l.1 C. de Revocand his quæ infraud. Seneca libr.4. de Benef.C.1. in princ. nomina facturi diligenter in patrimonium & vasa debitoris inquirimus,* DD. adeò rigorosam volunt excussionem ut fiat usq; ad

saccu-

facculum & peram; imò ad indumenta non relinquenda, præter unicam vestem qvâ corpus tegatur *Hering. C. 27. n. 6 & 7.* quibꝰ ita positis, satis apparet fidejussorem etiam post excussionem teneri adhuc posse saltem in id quod ex principalis bonis non fuerit completum *d. N. 4.* Si igitur prius conveniatur fidejussor quam reus, beneficium hoc Ordinis allegare, & hac exceptionē se tueri potest *l. 40. ff. de Rebus Credit.*

§. 28. Id quod tamen fallit si Principalis absens sit, vel uterq; absens, remotior verò principalis, ita ut sine magno negotio conveniri neqveat, tunc actio contra fidejussorem intenditur, qvi tamen si dilationem petat ad sistendum principalem, audiri debet, qvâ elapsâ, compellitur fidejussor satisfacere *Schneidew. ad §. 4. J. h. t.*

§. 29. Secundo si beneficio efficaciter renunciatum sit; Cum enim integrum cuiq; sit, his, qvæ ipsa lege data & concessa sunt renunciare *l. 46. ff. l. 29. C. de pactis*, dubium non erit, qvin & fidejussor beneficio excussionis renunciare possit.

§. 30. In renunciatione vero DD. non conveniunt, qvidam enim renunciationem generalem sufficere volunt, cum ista generalitas extendatur ad omnia, nixi hoc canone, qvod generalis dispositio tantum operetur qvoad omnia, qvantum specialis qvo ad speciatim enumerata. *l. 51. ff. de Administrat. Tutor.* Verum cum hæc regula secundum alios adeò sit lata, ut percipi non possit cui juri renunciet, neq; res, neq; genus intelligatur *Hering. C. 17. n. 41.* Commodum erit cognoscere qvot modis renunciatio ab autoribus dicatur fieri.

§. 31. Fit autem 1. per verba generalissima ut si dixero, renuncio omni beneficio juris, *l. 56. §. 3. l. 17. C. mandat.* 2. per verba generalia & subalterna, ut: renuncio omni juris ac legum auxilio fidejussorio. 3. per verba specialia, cum nempe beneficio Excussionis, Divisionis & Cedendarum actionum nominatim renunciatum; Qvocunq; horum modorum renunciet fidejussor, cum effectu renunciatum tentabimus.

§. 32. Incidit hic quæstio, An specialiter renunciasse censeatur, qvi cum juramento fidejussit? Respondemus, si simpliciter juratum sit, renunciatum non esse, juramentum enim seqvitur naturam actus cui adjicitur. *l. final. C. de non numer. pec. l. final.*

fin.al. ff. de liberal. cauf. Reg. 42. in 6to. de R. J. C. 25. extr. de jureju-rand. & ultra eam non extenditur *d. t.* Natura vero hujus actus (obligationis fidejusſoriæ ſc.) hæc eſt, qvod promittat fidejusſor, ſe velle pro reo principali teneri, & juramentum contractum munit, non verò alterat, *d. l. ult. C. de non numer. pecun.* Si vero juramentum renunciationi adpoſitum ſit, nemo dixerit fidejusſorem hoc beneficio uti poſſe. *Treutl. Vol. 2. Disp. 28. θ. 5. L. D.*

§. 33. Beneficium excusſionis tertio locum non habet ſi certo conſtet Principalem non eſſe ſolvendo. Fruſtra enim adverſus eum excusſio inſtituitur, qvi nihil in bonis habet, & nullam videtur actionem habere cui propter inopiam adverſarij inanis actio eſt *l. 6. ff. de dolo* Conſtat autem principalem nō eſſe ſolvendo 1. per famam vicinorum 2. ſi debitor juret ſe nulla bona habere 3. ſi bonis cesſerit. 4. Si bona debitoris publicata ſint qvod planam inducit notorietatem. *Hering. C. 17. n. 200.*

§. 34. Quarto Beneficium hoc amittitur cum fidejusſor falſo ſe fidejusſorem eſſe negat, argum: *l. 10. §. 1. ff. h. t.* & deinceps de mendacio convincitur, qvia mendacium oderunt leges plurimisq; in locis pœnæ ſubjiciunt. *§. 10. J. De ſuſp. Tut. l. 80. ff. d. R. Vind. l. 22. in fine ff. de re judic. Novell. 18. C. 10.* tum etiam juris eſt apertisſimi qvod nemo debeat habere fructum ex eo quod auſus fuit improbare *l. 8. §. 14. ff. de inoff. Teſt. Rittersh. ad §. 4. Inſt. de publ. jud.* Nihil magis contrarium juſtitiæ & Veritati, (quæ anima Reipubl. eſt) quam falſum & mendacium. *Senec. libr. 1. Epiſt. 79. Quæ decipiunt nihil habent ſolidi, veritas in omnem ſui partem ſemper eadem eſt.*

§. 35. Quinto ceſſat Beneficium hoc ſi fidejusſor debitori ſucceſſerit, tunc enim convenitur non ut fidejusſor, ſed ut heres debitoris *l. 13. ff. de duob. reis l. 95. §. 3. ff. de ſolut.* Cœterum DD. hic non inutiliter Qværere ſolent: An fidejusſor principali ſuo heres exiſtens, & ante aditam hereditatem inventarium conficiens, ultra illud teneatur? & diſtingvendo reſpondent ſi reſpectu propriæ perſonæ fidejusſor conveniatur, illum beneficio hoc non juvari, ſin vero nomine Principalis, hoc ſo legis auxilio poſſe defendere. Verum cum Creditor ſi Principalis bona non ſufficiant, ad fidejusſorem habeat regresſum, ita ut de ſuo defectum ſuppleat, *l. 36. ff. de bon. libert. l. 4. C. de emanc. liber.*

diſtin-

distinctioni non erit incumbendum, sed potius Rolandi à Valle quem allegat *Hering. C.20. §. 16.n.37.* sententiæ innitendum, qvi fidejussorem conventum, licet inventarium confecerit, in solidum teneri defendit. *Berl. part. 2. concl. 24. n. 53. quoad jus commune.*

§. 36. Neq; obtinet Sexto si statuto vel consvetudine loci aliter sit receptum, qvemadmodum in Imperiali Norimberga observari notat *Rittersh. §. 4. J. h. t.* fieri verò posse ejuscemodi statutum ex eo inprimis ostenditur qvod beneficium hoc sit juris Civilis *Auth. præsente C. h. t.* & ideo etiam desvetudine rursus tolli potest Qvod innuit Imperator Justinianus *in §. 11. J. de jure Natur. Gent. & Civi.* item Julianus *l. 32. ff. de ll.* receptum ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur *Arumæus exercit. 1. th. 21.* alleganti tamen consvetudinem incumbet probatio. *l. 1. C. quæ sit longa consvet.*

§. 37. Superioribus non incommode annectitur Quæstio An Fidejussor obligans se ut Principalem habeat beneficium ordinis? *Schneidew. ad §. 4. J. h. t. n. 11. distingvit.* Aut fidejussor constituendo se Principalem, facit hoc animo novandi, i. e. ut obligatio in persona Principalis debitoris extingvatur, atq; in se per novationem transferatur, tunc indistinctè poterit conveniri: Aut fidejussor non constituit se Principalem animo novandi, sed celebratus est actus fidejussorius & tùm non obstante illa clausula, locum habebit excussionis favor. & hæc æqua & communis opinio putatur.

§ 38. Qvoad priorem casum dubitandum non videtur, cum ex conventione contractus legem accipiant, *l. 16. §. 6. ff. depositi,* & suæ habeat facilitati qvod ita convenerit, fidejussor enim talis ob animum novandi prorsus desiisse credendus. In posteriori si nuda spectemus verba videntur illa excussionis sustulisse exceptionem, sin verò eorum effectum, neutiqvam naturæ contractus derogant, qvia contractuum conditio & origo est attendenda, & notissimum, qvod omnis fidejussor gaudeat beneficio excussionis, & hinc igitur non simplex verborum conceptus sed vis contractus est inspicienda. *arg. l. 17. ff. de. ll.*

§. 39. Alii ex paritate rationis quæ est *in l. 3. C. h. t.* id deducunt

ducunt, eò quod beneficium divisionis fidejussoribus in solidum se obligantibus nihilominus competat, qvod multum movet; Si enim specialis illa obligatio, ut singuli in solidum teneantur beneficium divisionis non removet, idem in hoc casu erit dicendum arg *l.12 & 13.ff.de.ll.* Sed & illud statuendum, qvod fidejussor, licet excussionis beneficio rerunciaverit, nihilominus tamen conventus à Creditore, deponendo expensas petere possit, ut excutiatur principalis suo periculo, suisq; sumptibus, cum hoc modo Creditoris non intersit *D.Habn.h.t. n.6.p.m.661.*

§. 40. Et sic quidem fidejussori prospectum contra Creditorem voluit Legislator, qvo tamen beneficio non ipso jure tutus est fidejussor, sed per modum demum exceptionis, & exceptio hæc dilatoria est, in specie non pertinens ad merita causæ. *Frantzk.exerc.10.Q 8.n.6.* Cum totam rem nõ perimat, sed suspendat, & ad tempus tantum Creditori noceat *§.10.J. de except. l.2.ff.eod.* opponenda autem ante litem contestatam *l.19. C.de probat.* postea enim non attenditur, *l.5.l.16.C.h.t.* & suæ negligentiæ pœnam luat, qvi justo tempore non exceperit, jura enim vigilantibus scripta sunt *l.24.ff.quæ infr. Cred.* usu tamen observari quod ea & post litem contestatam recte opponi possit habet *Hahn. ad Wesenb.h.t.n.5.*

§. 41. Qværimus insuper, An is qvi pro naturaliter tantum obligato intercessit possit uti beneficio Excussionis? Qvod negandum, qvia Principalis ejus excuti neqvit *Treutl. Disp. 28. th. 5. L. D.* Sicut nec is qvi judicio sisti aut judicatum solvi spoponderit *Hering. d.C.§ 1. n 318.* An autem judicialiter principalis excuti debeat? Pragmaticorum controversia est; Judicialem tamen requiri statuimus tenore *N.4.C.1.* & *Auth.Præsente.C.h.t.*

§. 42. Secundum beneficium plurium confidejussorum personas concernit, & vocatur Beneficium Divisionis, autorem habens Hadrianum *l.ult.C. de Constituta pecunia* Licet enim singuli obligationem principalem sua fide subeant, *l.3. C.h.t.* nihilominus tamen exceptione Epistolæ Hadriani gaudent, sc. ut obligatio inter eos dividatur, & non nisi pro virili portione conveniantur, modo litis contestatæ tempore solvendo sint. *§.4.J.l.10. l.26.27.l.32.ff.h.t.* alioqvin si unus eorum solvendo non sit, id ceteros onerat. *l.23.C.h.t.d.§.4.Inst.*

§. 43. Hæc

§. 43. Hæc exceptio utut in plurimis cum priori conveniat in eo tamen maximè ab illa differt qvod etiam post litem contestatam, tamen ante condemnationem opponi possit *l.10.C.h.t.* etiamsi unus pure alter in diem vel sub conditione acceptus sit *l.27.h.t.* nec tantum fidejussoribus, sed etiam heredibus eorum competit *d.l.27.§.3.l.49.§.1.ff.h.t.* modo fidejussores omnes solvendo sint *d.l.3.C.h.t.* nam ut dictum, si qvis ante litem contestatam bonis lapsus sit, id confidejussores onerat *§ 4.J.h.t.* post litem contestatem seu actionem divisam si qvis solvendo non sit, id ad ceterorum onus non pertinet, sed ipsi Creditori nocebit, cum post litis contestationem petitionem divisam redintegrari, juris ratio non patiatur *l.16.C.h.t.*

§. 44. Beneficium hoc locum non habet si eidem efficaciter renunciatum sit *per l.penult. C.de pact.* id vero fit vel expressè cum Beneficio Hadriani nominatim qvis renunciat, vel tacitè per factum ipsum, si videlicet patiatur integram solutionem â se exigi neq; exceptionem opponat. *Rittersh.ad§.4.Si plures J.h.t.* Neq; inficiantibus, & de aperto mendacio convictis, est indulgendum *l.10.§.1.ff.h.t. Schnobel.Disput.ff.23.§.11.* Cessat qvoq; inter fidejussorem ipsum & ejus fidejussorem alium cum hoc loco ille rei principalis vicem obtineat. *l.27.§.ult.ff.h.t.*

§. 45. Jam succedaneum est Beneficium Cedendarum Actionum: hinc si qvis fidejussor omissa dividendi exceptione solidum solverit, â confidejussoribus nisi cessa sit actio, nil recuperabit, cum per solutionem debiti sublata sit omnis obligatio. Ut autem recuperet, beneficio cedendarum actionum ipsi contra confidejussores suos succurritur *l.17.l.36.ff.h.t. l.11. C. eod.* Sed ista exceptio ante solutionem opponenda est. Ubi enim jam solvit fidejussor, omnis planè perempta est obligatio, per conseqvens & actio. Nec superest ergo, qvod cedi possit. Sed & potest eâ lege solvere fidejussor, ut sibi deinde cedantur actiones, tum enim perinde est, ac si ante solutionem cessæ fuissent.

§. 46. Cessione vero jam facta & qvidem in solidum, cum tale jus transferatur in solventem, quale Creditor habet arg. *l.2. C.h.* Fidejussores vero Creditori in solidum sint obligati *l.26.ff. h.t.* Is qvi Creditori satisfecit, illud solidum â confidejussore

C rep-

repetere potest, qvod tamen cum micâ salis intelligendum: Nam, si renunciatum est beneficio divisionis, recte ab uno solidum petitur, cum non habeat exceptionem qvam possit objicere Creditori, ergo nec Cessionario in qvem omne jus à Creditore translatum est *all.l.2.C h.t.* posteriori casu si renunciatum non est, Fidejussor à confidejussore conventus perinde se beneficio Divisionis tueri potest, ac si à Creditore conveniretur, qvod enim Creditor jus non habuit in alterum transferre non potuit *l.54.ff. de R. J. Hering. C.27.* §. *4. n 35.* ideò à singulis pro rata ut repetat necesse est.

§. 47. Beneficium hoc ad exemplum Excussionis & Divisionis in qvibusdam cessat, non enim habet locum si se fidejussorem qvis abneget. *arg.l.10. §.1.ff.h.t.* Si renunciatum sit, non minus enim renunciatione amittitur qvam reliqva beneficia, maximè juramento adhibito. *l.penal.C.de pact. Hering. C.27. §.3. n.20.* non tamen hic talem renunciationem intelligimus, ut fidejussor qvod solvit planè recuperare neqveat, & ita omne jus suum remisisse censeatur, sed tantùm, ne adversus Creditorem exceptione cedendarum executionem retardare possit: Solutione igitur decretâ, fidejussor ut cedantur sibi actiones contra confidejussores à Creditore petere potest, cum in renunciatione respectus sit habitus ad Creditorem non etiam ad debitorem & confidejussores, alias, ac si donandi animo facta esset, habetur, qvod in dubio ubi alia conjectura capi potest non est dicendum videatur *Heigius part. 1. quæst. 28. n. 37. 38. & seq.* plures cessantias habet *Hering. d. loco.*

§. 48. Cum nemini officium suum debeat esse damnosum *l.7.ff. testam, quemadm. aper. l 140. ff. de Reg. J.* fidejussori datur actio contra reum principalem, ne dispendium patiatur, unde potius præmium videtur meruisse *C.2.extr. de fidei* qvæ est mandati contraria *§.6. J. l.4. ff. h.t.* ad recuperandum id qvod pro eo solutum est; videtur enim reus principalis id ei mandasse ut solveret, qvi mandavit ut se obligaret *l.47.ff. de condict indeb.* idem obtinet si pro præsente & tacente fidejusserit aut solverit *l.6. §. 2. l.18. ff. mandat.* sin vero pro absente negotium gestum sit, negotiorum gestorum actio servatur, mandati enim actio non

potest

poteſt competere, cum nullum antecesſerit mandatum *l.20.§.1.ff.mandat.* ex poſt facto ſi geſtum rati habuerit debitor, ipſe obſtringitur mandati actione. *l.60.ff.de R.J.*

*§.*49. Utraq; actio qvod posſit intendi confirmatur, per *l.4.ff.h.t.* & qvidem poſt ſolutionem tantùm: Nam regulariter ante ſolutionem fidejusſor nullam contra reum actionem habet, ſi autem agat probare tenebitur ſe ex fidejusſionis causâ ſolvisſe, qvi licet ſolverit, ante diem tamen, expectare diem debet qvo eum ſolvere oportuit *l.31.ff.h.t.l.22.princ.ff.mand.* ſunt tamen aliqvot caſus qvibus etiam ante ſolutionem cum principali agere licet. Videlicet ſi ab initio convenerit, ut ante ſolutionem teneretur *l.10.C.Mandat.* vel ſi bona ſua dilapidare debitor inceperit *l.38.ff.mandat.* Si condemnatus ſit, ſententia enim lata paratam habet executionem *l.59.ff.de Re judicat.l.2.C.de execut.rei jud.* Si reus in ſolutione nimis diu cesſaverit *d.l.38.§.1.* non enim in ancipiti qvis fluctuare debet perpetuo *arg.l.3.in fine ut in posſesſ.legat.*

§ 50. In contrarium fidejusſor omnino nullam habet actionem ſi pro invito & vetante intercesſerit *l.6.§.2.l.53.ff.mand.* Si donandi animo fidejusſerit *d.l.6.l.4.ff.negot.geſt.* Si rei turpi ex mandato ſe obligaverit, turpis enim rei nullum eſt mandatum. *& l.6.§.3.ff.mand.*

§.51. Hactenus de conſtituendo Fidejusſore actum, reſtat nunc ut de liberando brevibus nos explicemus; fitq; vel jure ipſo, vel per exceptionem, Ibi qvidem ſolutione ejus qvod debetur *prin.J.quib.mod.toll.* eâq; vel à principali, vel à fidejusſore factâ, *d.pr.* qvippe cum talis ſolutio geminam liberationem pariat, modo totum debitum ſit ſolutum *l.64.ff.eod.* Acceptilatione, qvæ imaginaria eſt ſolutio §.*1.J.qvibus modis toll.* Solutionis tamen veræ effectum habet *l.5.16.17.ff.de accept.* Novatione *l.60.ff.h.t.* modò in ſeqventi ſe non obligaverit *l.4.C.h.t.* Confuſione *l.93.§.finalis ff.de ſolut.* Si enim fidejusſor principali ſuccesſerit, fidejusſio confuſione perempta intelligitur *l.14.ff.h.t.* conventus vero non ut fidejusſor ſed ut principalis tenetur *l.5.ff.h.t.*

*§.*52. Cognito jam qvomodo ipſo jure liberetur fidejusſor, ope exceptionis qvomodo ſolvatur obligatio videndum eſt, & notandum qvod exceptiones aliæ ſint Reales aliæ Perſonales

 nales

nales: Reales cum ex ipsa re originem habeant *l. 7. §. 1. ff. de except.* fidejussoribus absolutè competunt, etiam invito reo *l. 19. ff. eod.* Personales vero cum personæ principalis inhæreant, fidejussoribus neutiqvam prosunt, cum privilegia personalia personas suas non egrediantur *l. 68. l. 165. de R. J.*

§. 53. Rectè autem se tuebitur fidejussor exceptione pacti de non petendo *l. 27. §. 2. ff. de pactis.* Rei judicatæ exceptione, cum enim sententia adversus debitorem lata etiam fidejussorem gravet, & solutioni subjiciat, *l. 5. ff. de appell.* æqvum est ut sententia pro reo lata ipsi vicissim prosit. Sic & Præscriptionis exceptione, propriæ enim culpæ tribuat creditor si tempus actioni præscriptum neglexerit *Treutl. vol. 2. Disput. 29. θ. 7. L. B.* Compensatione cùm reus principalis actionem repellat rectè etiam fidejussor tutus erit *l. 4. ff. de compens.* Compensatio enim est species solutionis, & nihil interest solverit debitor an pensaverit *l. 4. ff. qui pot. in pignor.*

& hoc est qvod pro viribus de hac materia tractare volui, sicubi erratum id æqvi boniq; Benevolus Lector consulet, & ad majora suscipienda nos non leviter instigabit.

Deo pro suffectis viribus & ope præstitâ, immortales devotissimo pectore deferimus grates.





